A Don Federico de Castro
respetuosamente
Hans Morgenthau
Madrid, 18 Febrero 193…

HANS MORGENTHAU

Positivisme mal compris et théorie réaliste du Droit international

(Tirada aparte de la "Colección de Estudios históricos, jurídicos, pedagógicos y literarios". Homenaje a D. Rafael Altamira.)

MADRID
1936

POSITIVISME MAL COMPRIS ET THEORIE REALISTE DU DROIT INTERNATIONAL

SOMMAIRE

I

Lorsque nous demandons à un internationaliste quelconque de notre époque, partisan de la doctrine dominante, à quelle conception de sa science il adhère, il nous répondra: Je suis positiviste. Par cette déclaration, il veut circonscrire l'objet de sa science d'une double manière. Premièrement, ce sont des choses réelles données à l'observation, se prêtant à une description exacte et à une vérification empirique, et non pas des créations métaphysiques qui servent d'objet à la science. La science du Droit a donc affaire aux normes du droit en vigueur, non pas à des normes imaginaires qui ne sont que représentées comme valables, c'est-à-dire à celles qui existent, non pas à celles qui devraient être, au Droit *positif*, non pas au Droit naturel.

En second lieu, on entend par positivisme juridique une conception du Droit qui reconnait comme normes juridiques valables toutes les normes juridiques qui, en tant que tel-

les, sont "*posées*" (1) par les organes législateurs. Cette conception exclut, partant, les normes de la morale et des moeurs du domaine de la science juridique et en bannit également tout raisonnement moral, politique, en un mot non juridique.

Le positivisme de l'école de Vienne, opposé à la doctrine dominante, est conforme au positivisme de cette doctrine tout aussi bien dans la conception de la science du Droit que dans l'attitude polémique contre les deux ennemis de tout positivisme: la Métaphisique se manifestant dans le Droit naturel et la confusion méthodologique des différentes branches de la science. Cependant, M. Kelsen reproche à la doctrine dominante de ne pas être un véritable positivisme, et, en l'absence d'une méthode claire et précise, de faire entrer dans la science du Droit les deux ennemis de toute science positive, déguisés sous les apparences de concepts positivistes. En prétendant exclure de la science du Droit tout raisonnement non juridique, à savoir moral, politique, psychologique, matériel tout court, il tend à donner au positivisme juridique sa forme définitive et un caractère vraiment scientifique, c'est-à-dire positif.

De ces trois éléments du positivisme juridique, le premier et le dernier correspondent à la conception philosophique générale du positivisme scientifique. Ce mouvement intellectuel est la réaction du sens commun contre les constructions abstruses de quelques grands systèmes spéculatifs, en particulier de la philosophie hégelienne de la nature, et sur le plan juridique, contre les hipothèses romantiques de l'Ecole historique. D'autre part, le triomphe du positivisme philosophique résulte des grands progrès qu'ont fait

---

(1) Nous devons cette dérivation étymologique au cours de M. Brierly sur *Le Fondement du caractère obligatoire du droit international* (*Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, 1928, t. 23, p. 486), cours qui représente, à côté des travaux de M. Kelsen et de l'étude de M. Roscoe Pound sur *Philosophical Theorie and International Law* (*Bibliotheca Visseriana*, t. I, Leyden, 1923), la critique la plus profonde de la doctrine dominante du Droit international.

les sciences naturelles dès le début du dix-neuvième siècle et qui ont établi la supériorité des méthodes positives de ces sciences sur tout autre procédé scientifique.

En s'inspirant de l'esprit positiviste, la science juridique a fait ce pas nécessaire qu'a toujours accompli l'esprit humain, chaque fois qu'il a ouvert un nouveau domaine à la science; mais dans sa tentative de conquérir le domaine du Droit à la science positive l'esprit humain n'a point réussi. D'une part, la science du Droit s'incorpore des éléments non positifs et, d'autre part, elle laisse en dehors des éléments positifs de nature juridique qui logiquement y appartiennent.

C'est de ce positivisme mal compris de la doctrine dominante que nous allons traiter dans les deux paragraphes suivants.

II

Le positivisme de la doctrine dominante ne comprend pas la réalité juridique tout entière, qui, d'après sa propre conception, constitue son objet.

1) Le positivisme juridique combat, comme tout genre de positivisme, la Métaphysique qui aspire à entrer dans le domaine de la science. Comme adversaire principal à cet égard lui paraît le Droit naturel, de sorte que quiconque dit positiviste dit en même temps adversaire du Droit naturel. Or cette attitude hostile *a priori* qui, au lieu d'examiner la réalité sans préjugés, exclut de prime abord parmi les possibilités empiriques vérifiables dans la réalité quelques qualités que la réalité, tout au moins logiquement, pourrait contenir, est directement contraire au véritable esprit positif. Si le Droit naturel dégénéré est la supposition d'exigences éthiques temporelles comme normes de durée éternelle et appartient par conséquent à la Métaphysique, la conception qui exclut, sans examen préalable des données empiriques, le Droit naturel de la réalité, relève également de la Métaphysique, d'une métaphysique pour ainsi dire négative.

Là comme ici, une conception préconçue du monde sans égard pour la structure empirique de la réalité remplace l'examen de la réalité exercée par le moyen de la science positive. Le monde dépourvu *a priori* de Droit naturel n'est pas moins une construction hypothétique qui attend d'un examen empirique sa vérification, que la conception d'un monde nécessairement régi par des normes à contenu inmmuable. Si dans le domaine normatif se révélaient vraiment des normes de ce genre, c'est le devoir du savant, précisément en tant que positiviste, que de les constater. Si l'objet de la science positive du Droit est le domaine juridique tel qu'il est, n'est-ce pas trahir la tâche véritable du positivisme que de n'admettre comme objet de la science du Droit qu'un monde juridique d'une structure déterminée?

2) Non seulement le positivisme juridique traditionnel se refuse à admettre l'existence, au moins logiquement possible, d'une espèce déterminée de Droit, mais encore il se nie à prendre en considération une branche de Droit dont l'existence est évidente: nous voulons parler des normes juridiques étrangères à l'Etat. Tandis qu'une sorte de méthaphysique négative défend au positivisme juridique de penser même à la possibilité théorique d'un Droit naturel, sa dépendance idéologique et politique de l'ordre juridique de l'Etat lui cache une partie du domaine juridique dont les ordres juridiques étatiques représentent la partie théoriquement et politiquement, il est vrai, la plus importante, mais seulement une partie entre autres. De cette étroitesse du champ des recherches résulte le monisme juridique intimement lié au positivisme de la doctrine dominante, monisme qui voit sa tâche exclusivement dans la systématisation et l'interprétation des normes juridiques de l'Etat. Mais puisque la structure de la réalité juridique est pluraliste, en comprenant à l'ombre de l'Etat toute une série d'ordres juridiques étrangers à celui-ci, un positivisme conséquent devrait reconnaître ce fait et le reproduire dans sa théorie (2).

---

(2) On a avancé contre ma conception pluraliste du Droit, développée dans

3) Le positivisme de la doctrine dominante est bien fondé en séparant rigoureusement le Droit en tant qu'objet de la science d'autres domaines voisins tels que la Morale, la Politique, etc. Cette séparation stricte des objects des différentes branches de la science, et par conséquent de ces branches elles-mêmes est en effet un principe légitime du positivisme général (3). Mais en appliquant ce principe, le positivisme juridique l'a modifié et de cette façon s'est de nouveau éloigné de la réalité.

Le principe positiviste de l'indépendance des différentes branches de la science, l'une de l'autre, est un principe méthodologique qui, en séparant ce qui est *un* pour l'expérience pré-scientifique, peut entrer en contradiction avec la réalité. Le domaine normatif forme dans son histoire tout entière une unité dont l'élément pré-

---

La Réalité des normes, en particulier des normes du droit international (Paris, Alcan, 1934), p. 106 et suiv., que je ne suis pluraliste "qu'à contre-coeur" et que le pluralisme que je propose est "plutôt virtuel que réel... Car l'Etat détenant le monopole de la sanction considérera toujours la formation des normes extra-étatiques comme une menace, une fois que la norme pour être juridique doit inclure une sanction" (Paul Léon, *Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique*, 1934, p. 272 et suiv.). Mais à vrai dire et abstraction faite de la fonction systématique que le pluralisme remplit dans notre théorie des normes par exemple pour la théorie des relations entre-normatives et de la succession des ordres normatifs — je ne suis pluraliste, ni par enthousiasme, ni à contre-coeur. Je constate simplement ce que je vois, et je vois que l'Etat détenant le monopole des sanctions empiriquement les plus efficaces — non pas de la sanction tout court, comme le prétend M. Léon — est par ce fait à même d'empêcher, dans son domaine de validité, la naissance de systèmes juridiques étrangers à lui et de détruire ceux qui sont déjà nés. Reconnaître ces faits incontestables ne signifie pas adhérer à l'étatisme de la doctrine dominante. D'autre part, il est vrai que, tout comme nous rejetons la métaphysique de l'étatisme exclusif, nous n'adhérons pas non plus à la "métaphysique à contenu renversé" de ce pluralisme qui — à en croire son auteur M. Gurvitch — n'évince pas seulement l'étatisme théorique, mais qui fait prévoir encore la destruction proche de la suprématie effective de l'Etat.

(3) Rappelons-nous le mot de Kant (*Critique de la Raison pure*, préface, 2ème édition). "Ce n'est pas augmenter mais défigurer les sciences que de faire confondre leurs limites"; cf. également, p. 870.

pondérant est l'Ethique. Le Droit participe toujours au destin de l'Ethique, et suit fidélement tous les mouvements de cette dernière —ce qui jusqu'au début du dix-neuvième siècle n'échappait pas à la théorie—, et même où le Droit se sépare totalement, en apparence, de la Morale, comme précisément dans le positivisme juridique des XIXème et XXème siècles, il porte encore les traits de la grande Mère dont il ne connaît plus le nom (4).

Certes, le positivisme doit séparer l'objet de la connaissance d'une façon absolue du reste du monde et de la sorte hypostasier l'indépendance réelle absolue de cet objet; mais il ne doit jamais oublier que cette séparation est un procédé artificiel entrepris pour des fins heuristiques, une pure hypothèse à laquelle ne correspond rien dans la réalité. Le juriste positiviste doit travailler tout comme anatomiste qui désarticule du corps les muscles dont il veut connaître la structure, mais qui ignorera jamais que ce n'est que dans le corps tout entier que les muscles se trouvent à leur place et sont à même de remplir leurs fonctions. Or, le positivisme juridique a complètement oublié ce caractère purement hypothétique de la séparation de la sphère juridique des autres domaines normatifs, et en considérant le Droit comme un phéno-

---

(4) L'anarchie méthodologique, l'hésitation entre la compréhension désintéressée et objective du domaine normatif et l'appréciation pragmatique de celui-ci, traits qui caractérisent la science du Droit du dix-neuvième siècle, se retrouve dans l'Ethique de la même époque. L'histoire de l'Ethique depuis Kant jusqu'à Nietzsche, en passant par Hegel et Comte, signifie l'affaiblissement progressif de la fonction normative des normes morales et la formalisation croissante du contenu de ces normes. A cette époque, Schopenhauer et Lévy-Bruhl déclarent la guerre à l'Ethique normative et, partant, à la Métaphysique et proclament une nouvelle science objective de la Morale, développement que Dilthey a anticipé dans quelques observations divinatoires. Les deux courants de l'histoire du domaine normatif, extérieurement séparés mais unis dans leur essence, c'est M. Kelsen qui en termine la séparation. En accomplissant l'oeuvre de Kant, véritable destructeur de l'Ethique normative et matérielle, le juriste Kelsen met le point final au processus de formalisation et d'objectivisation, lesquelles ont dominé l'histoire du Droit tout aussi bien que celle de 'Ethique.

mène réellement isolé, il a de nouveau négligé une partie de la réalité qu'il lui aurait incombé, en tant que positivisme, de ne pas perdre de vue.

III

Le positivisme de la doctrine dominante est bien loin d'un positivisme véritable, non seulement parce qu'une bonne partie de son objet lui échappe, mais aussi et avant tout parce qu'il admet, dans son objet tout aussi bien que dans son raisonnement, des éléments qui, non vérifiables par une méthode empirique, ne se concilient pas avec les principes essentiels du positivisme tel que le comprend la philosophie.

1) Le positivisme juridique ne peut avoir qu'un seul objet: les normes juridiques réelles, c'est-à-dire celles qui sont en vigueur. Le positivisme de la doctrine dominante ne possède pas cependant de critère scientifique qui lui permettrait de distinguer les normes juridiques réellemena valables de celles qui ne le sont qu'en apparence. La doctrine dominante ne connaît que deux critères possibles de la validité d'une norme juridique, critères qui tous les deux s'écartent de la méthode positiviste, à savoir: la déclaration de l'Etat qui édicte qu'une norme de tel ou tel contenu est en vigueur, et la concordance matérielle de la norme juridique avec une norme morale, avec une autre règle sociale ou avec une loi naturelle.

Le premier critère découle immédiatement du monisme étatiste dont nous venons de parler et qui reçoit ses concepts et mesures d'évaluation exclusivement de l'ordre juridique de l'Etat. Ce monisme envisage le monde juridique d'un point situé à l'intérieur de ce monde même, mais la véritable science positive doit le considérer d'un point situé au delà de ce monde et de la sorte le comprendre dans sa totalité et d'après des points de vue universellement valables.

L'autre critère cependant est l'enfant légitime de ce Droit na-

turel, principal adversaire de la doctrine dominante. Car quelle est l'attitude du droit naturel conséquent envers le droit positif sinon de nier la validité autonome de celui-ci et de faire remonter cette validité à un autre système de normes ou règles — soit de la Morale, soit du Droit naturel proprement dit — en évaluant le contenu des normes juridiques positives d'après le contenu de ces dernières normes ou règles?

Entre ces deux possibilités chancelle le positivisme juridique. Ou bien il appelle normes juridiques en vigueur toutes celles que l'Etat édicte en tant que telles en observant des formes déterminées, ou bien il lie la qualité de la validité juridique avec quelques qualités matérielles. En chaque cas de cette alternative, il renonce à une détermination scientifique et, partant, positiviste du domaine du Droit, parce qu'au lieu de définir la validité juridique d'après les éléments immanents au domaine du Droit, il se sert de mesures inaptes à une définition universellement valable. Il est d'une part des dispositions normatives édictées par l'Etat en tant que normes juridiques en vigueur, auxquelles manque tout de même la validité, étant donné que contre leur violation l'Etat n'intervient pas.

D'autre part, la détermination de la validité juridique d'après des points de vue matériels n'est pas objectivement vérifiable. Des normes juridiques à contenu totalement opposé sont incontestablement en même temps en vigueur; car le Droit — comme tout moyen technique, soit social, soit physique — se prête à tout contenu empiriquement possible. Il est neutre envers les différentes possibilités matérielles. Comment, autrement, concevoir la validité de normes juridiques injustes? Au point de vue positiviste, le critère de la validité juridique — tout comme celui de la norme juridique elle-même — ne peut donc ne pas être de nature formelle. En introduisant dans la notion de la validité juridique un élément matériel caché il est vrai sous les dénominations les plus diverses et développé sans conséquence, le positivisme juridique traditionnel s'est barré lui-même la route vers une connaissance vraiment scientifique du domaine du Droit.

2) Le champ pour ainsi dire classique où se manifeste la faiblesse intrinsèque du positivisme juridique envers la réalité du Droit est formé par la théorie des sources du droit. Le positivisme ne doit connaître, d'après ses propres suppositions, qu'une seule source formelle du droit: les normes "posées" par l'Etat. Mais comme il est indéniablement des normes juridiques en vigueur qui cependant ne sont pas posées par l'Etat, la doctrine reçue se trouve dans la situation embarassante de devoir expliquer l'existence de ces normes sans toutefois manquer à ses propres suppositions.

Dans cette situation s'offre à la doctrine dominante un concept qui est devenu une véritable panacée pour les peines théoriques du positivisme traditionnel: nous voulons parler du concept de Droit coutumier. C'est la rubrique de Droit coutumier qui sert à la doctrine reçue de désignation collective pour la totalité des normes non posées par l'Etat. Abstraction faite de la difficulté ou même de l'impossibilité théorique d'expliquer l'existence normative d'un droit coutumier proprement dit (5), la théorie du Droit coutumier ne résoud pas par elle-même le problème de concilier la supposition positiviste de l'existence exclusive des normes juridiques posées par l'Etat, avec l'existence de normes étrangères à l'Etat. Admettre à côté des normes juridiques posées par l'Etat une autre espèce de normes juridiques, n'étant par définition pas posées par l'Etat, c'est —logiquement parlant— abandonner le monisme étatiste et par conséquent le fondement du positivisme de la doctrine dominante. Mais la doctrine dominante ne tire naturellement pas cette conséquence. Pour sauver son point de départ, elle se sert d'une série de fictions et d'hypothèses, telles que le consentement tacite, la reconnaissance, la réception juridictionnelle, la fonction complémentaire, etc., fictions et hypothèses qui font remonter l'existence du Droit coutumier,

---

(5) Cf. sur ce problème, nos explications, *loc. cit.*, p. 89 et suiv., et récemment Simonius, dans *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. I (Paris, 1934), p. 204 et suiv.

d'une façon ou d'une autre, à la volonté du législateur étatique. De la sorte le positivisme tend à évincer la reconnaissance de la structure pluraliste du domaine juridique, reconnaissance que la réalité lui impose, et à maintenir, malgré la réalité, une conception préconçue et non vérifiable de celle-ci par un procédé logique artificiel.

La doctrine dominante infidèle à ses principes positivistes en ce qui concerne son objet, ne l'est pas moins quant à ses méthodes. Positivisme signifie compréhension désintéressée de la réalité donnée à l'observation. Mais le positivisme juridique traditionnel ne s'est jamais abstenu d'apprécier les ordres juridiques qui lui ont servi d'objet de la connaissance, au lieu de les connaître d'une façon objective, théorique et systématique tels qu'ils sont. De là ce mélange de constatations objectives et de points de vue systématiques avec des considérations philosophiques, appréciations éthiques, raisonnements politiques, observations psychologiques, mélange par lequel le positivisme juridique traditionnel se caractérise. Il en résulte le caractère subjectif, politique, parfois peu sérieux et dilettante de mainte objectivation de la science du Droit, caractère qui a repoussé, depuis Lorenz von Stein jusqu'à Max Weber, tant d'esprits fins et probes.

IV

La supériorité du positivisme kelsénien sur le positivisme de la doctrine dominante résulte de quatre éléments:

1) Le renouvellement du point de vue méthodologique, héritage du criticisme kantien, sert à l'école de Vienne de fondement d'une critique approfondie de la doctrine reçue. En évaluant le positivisme juridique traditionnel d'après le principe de pureté de la méthode, cette école n'a pas seulement prouvé qu'un auteur quelconque a employé ici une conception fausse et dessiné là une image erronée de la réalité, mais elle a encore et avant tout mis

en lumière la défectuosité générale de la méthode que suit le positivisme traditionnel, la distance qui sépare ce positivisme du type idéal de la science positive.

2) C'est par cette clarté méthodologique que le positivisme kelsénien a réussi à s'approcher de la réalité du domaine juridique d'une façon plus directe que le positivisme traditionnel. C'est plus particuliérement la structure formelle de ce domaine — que l'on pense à la norme fondamentale, à la constitution de l'ordre juridique par degrés, au rapport entre les trois pouvoirs et entre différents ordres juridiques, etc. — que l'école de Vienne a ouverte à la connaissance scientifique.

3) La doctrine de M. Kelsen a posé les deux grands problèmes du positivisme juridique d'une façon plus profonde et plus précise que l'on ne l'a jamais fait auparavant — à l'exception peut-être de l'école analytique d'Austin. En tirant de l'antagonisme entre le positivisme juridique d'une part, le Droit naturel et l'argumentation non juridique de l'autre, les dernières conséquences théoriques, l'école de Vienne a accompli quant à ces deux points la tâche théorique du positivisme juridique.

4) Mais il y a plus. Comme tout mouvement intellectuel, poussé jusqu'à ses dernières conséquences, contient déjà les germes d'une formation nouvelle qui, bien qu'opposée à ce premier quant à son contenu, se base sur lui et en a besoin comme fondement, l'importance du positivisme kelsénien pour l'avenir de la science du Droit repose peut-être moins dans ses éléments systématiques positifs, dont par exemple la base philosophique néo-kantienne est fort criticable (6), que dans sa position intermédiaire qui en fait, d'une part, le point final d'un développement intellectuel et, d'autre part, le point de départ d'une nouvelle conception scientifique.

La base philosophique néo-kantienne et le monisme étatiste sont les deux grandes faiblesses de la doctrine de M. Kelsen. Cette pre-

---

(6) Voir à ce sujet, nos explications, *loc. cit.*, p. 4 et suiv.

mière l'empêche d'aboutir à une conception réaliste et, partant, vraiment positiviste de la validité juridique, et fait que la doctrine kelsénienne laisse la validité de la norme juridique dans cet état indécis, à moitié métaphysique, à moitié empirique, entre le ciel et la terre, où — d'après un mot de Schopenhauer — Kant l'avait suspendue (7).

Ensuite la conception néo-kantienne de la méthode, à laquelle l'école de Vienne doit cependant son rigorisme méthodologique utile, se combine avec cette métaphysique négative du positivisme dont nous venons de parler, et donne à ce préjugé a-positiviste que le positivisme juridique éprouve pour toute considération de la possibilité même théorique du Droit naturel, une nouvelle légitimation.

Nous nous trouvons ici en face d'une conséquence spéciale de la conception néo-kantienne de la méthode, conception qui sur l'école de Vienne a exercé — comme nous le savons — une influence décisive. Le néo-kantianisme aboutit à une confusion entre méthode et objet, confusion qu'il partage curieusement avec son adversaire philosophique le plus acharné, la philosophie irrationaliste de la vie. Le néo-kantianisme prétendant que la méthode détermine l'objet, exclut du domaine juridique, avec les méthodes éthique, politique, psychologique, l'Ethique, la Politique, la Psychologie, elles mêmes (8). Mais de l'exclusion de ces méthodes ne

---

(7) *Oeuvres* (Deussen), t. IV, p. 482.

(8) A l'inverse de ce procédé erroné qui substitue le point de vue matériel à celui de la méthode, l'irrationalisme, tout en reprochant à la conception rationaliste la limitation des efforts scientifiques aux objets de nature rationnelle, traite de la méthode en remplaçant la méthode rationnelle par un procédé irrationnel. Au lieu d'étendre l'objet de la science, dont la méthode ne peut ne pas être de nature rationnelle, de façon que la science comprenne également les sphères rationnelles et irrationnelles, il déplace le problème du domaine matériel à celui de la méthode. Au lieu d'ajouter au domaine de la science une sphère qui avait été jusqu'alors soustraite à la domination de la *ratio*, l'irrationalisme tend à élargir le domaine des procédés irrationnels même aux domaines que la *ratio* avait déjà conquis.

résulte point, logiquement parlant, l'exclusion de ces objets. Le domaine de la Politique, par exemple, se prête tout aussi bien à une méthode juridique ou psychologique comme à la méthode politique proprement dite; d'autre part, la sphère juridique est susceptible d'être soumise à un traitement politique ou psychologique non moins qu'à un traitement juridique proprement dit. Ce qui reste vrai de la conception néo-kantienne de la méthode, c'est seulement qu'à une science juridique ne correspond qu'une méthode juridique, tout comme les sciences politiques et psychologiques exigent des méthodes politiques et psychologiques. Une science peut posséder des objets de nature différente, mais seulement une méthode unique. En transformant le principe kantien de pureté de la méthode dans l'exigence de purifier une science d'objets déterminés, la philosophie néo-kantienne a exercé sur l'école de Vienne une influence néfaste. L'école de Vienne n'a suivi cette exigence néo-kantienne, il est vrai, que dans la théorie; car en effet, en excluant de la science du Droit non seulement le raisonnement éthique, politique, psychologique, mais encore les faits éthiques, politiques, psychologiques, en un mot sociaux, l'école de Vienne se serait privée elle-même de tout objet, étant donné que la science du Droit n'est pas autre chose, à vrai dire, que la compréhension spécifiquement juridique de certains faits psychologiques et sociaux qui peuvent revêtir en même temps un caractère éthique ou politique.

L'autre défaut fondamental de la doctrine kelsénienne, le monisme étatiste, mène aux mêmes conséquences que l'analyse du positivisme traditionnel vient de nous révéler: à savoir à la conception d'un domaine juridique réellement séparé d'autres domaines normatifs, à la négligence complète d'ordres juridiques étrangers à l'Etat, et enfin à l'insuffisance de la théorie des sources du Droit. M. Kelsen dédaignant les petits moyens logiquement insoutenables par lesquels la doctrine dominante tend à échapper à ses propres conséquences, présente le monisme de cette doctrine dans toute son exclusivité. L'ordre juridique étatique, identique à l'Etat

lui-même, forme ici l'objet unique de la science du Droit; son exclusivité s'exprime dans la notion de système qui embrasse tout ce qui peut être logiquement objet de la science du Droit, et qui est séparé de tout autre phénomène normatif par la norme fondamentale.

Ce sont précisément ces deux notions, celle de système et celle de norme fondamentale, qui, développées dans le sens d'un réalisme radical, brisent les murs par lesquels le positivisme traditionnel a isolé la science du Droit de la réalité juridique telle qu'elle est, et qui ouvrent la porte à un positivisme véritable, c'est-à-dire au réalisme juridique radical. Les possibilités théoriques contenues dans ces deux notions au stade latent étant développées, le positivisme juridique traditionnel se transforme par un procédé en grande partie purement logique en cette compréhension radicalement réaliste de la réalité, compréhension qui nous semble être la tâche véritable et unique de la science du Droit comme de toute science (9).

V

1) L'intelligence réaliste du Droit international doit partir de deux suppositions fondamentales, à savoir: premièrement, de la liaison empirique intime de tout ordre juridique avec les autres ordres normatifs en vigueur dans une société déterminée, en particulier avec celui de la morale, et, deuxièmement, de la séparation théorique absolue entre les différents domaines normatifs. Le Droit international repose, comme tout ordre juridique, sur une norme fondamentale qui, elle, ne peut pas être de nature juridique, mais qui appartient nécessairement au domaine de la morale ou

---

(9) Nous traitons le problème de système de Droit, spécialement par rapport au Droit international, dans une étude qui va paraître dans la *Zeitschrift für öffentliches Recht.*

des moeurs; cette norme sert donc au système juridique à la fois de point final qui garantit l'autonomie théorique de ce système, et de jonction entre les différents domaines normatifs et le domaine du Droit (10).

De plus, une grande partie des dispositions normatives du droit international est supportée et par une sanction de nature juridique et par une sanction de nature morale, de sorte que la même disposition normative participe, par un rapport de cumul (11), et du domaine du Droit d'une part, et de celui de la Morale et des Moeurs de l'autre.

Quelle est la nature empirique de cette double liaison — pour ainsi dire verticale et horizontale — qui relie le domaine du Droit international aux autres domaines normatifs? Un complexe de normes morales de nature véritablement internationale existe-t-il, ou le Droit international n'est-il pas soutenu plutôt par des normes morales qui sont matériellement déterminées par les sociétés étatiques? Quel est plus spécialement le contenu de la norme fondamentale du droit international, et la source matérielle de cette norme provient-elle du domaine international ou de la sphère étatique? Enfin, quelles normes du droit international sont en même temps garanties par une sanction morale et quels rapports typiques peuvent exister entre celles-ci et les normes du droit international qui ne sont pas garanties de cette façon?

2) Ces deux dernières questions renvoient à la théorie des sources matérielles du droit international. L'unité empirique du domaine normatif étant une fois rétablie, la théorie du Droit international doit fixer son attention sur les rapports matériels entre les différents domaines normatifs et se poser, entre autres, les questions suivantes: Quelle est la véritable fonction de l'équité qui joue un si grand rôle dans la théorie du Droit international en

---

(10) Sur la nature de la norme fondamentale et spécialement de celle du droit international, cf. nos explications *loc. cit.*, p. 76 et suiv., 216 et suiv.

(11) Sur le concept de ce rapport, voir *loc. cit.*, p. 185 et suiv.

tant que complément des normes du droit international conventionnel? (12). Est-il des dispositions normatives du droit international qui forment des éléments intrinsèques d'autres domaines normatifs d'une civilisation déterminée ou du monde civilisé tout entier, de sorte que ces dispositions normatives mériteraient la désignation de principes généraux du domaine normatif ou plus spécialement du Droit? Quelles sont, outre le domaine normatif, les autres sources matérielles dans lesquelles le Droit international puise ses dispositions normatives? Quelles sont les conceptions générales du monde et plus particulièrement de la politique extérieure qui se réflètent dans les dispositions normatives du droit international en vigueur? Et enfin, n'existe-t-il pas un rapport interne entre certains faits sociologiques et certaines qualités structurelles constantes de la vie internationale, d'une part, et certaines dispositions normatives du droit international, de la même constance elles aussi, d'autre part, comme par exemple entre l'existence de groupes sociaux qui détiennent sur un territoire déterminé les sanctions de la plus haute efficacité empiriquement constatable et dont l'organisation juridique s'appelle Etat, d'une part, et, d'autre part, certains concepts juridiques, tels que la souveraineté, le domaine réservé, la reconnaissance, le titulaire des sanctions, etc.? Si de tels rapports existent (13), ne s'impose-t-il pas une distinction entre les normes du droit international exprimant la structure des relations internationales et celles qui ne reflètent pas cette structure? Distinction ancienne, à vrai dire, qui se trouve déjà dans le Droit romain et dans certaines théories des XVIème, XVIIème et XIXème siècles cachées sous les termes du Droit naturel (14).

---

(12) A cette question, cf. notre réponse nettement sceptique dans *La Juridiction internationale, sa nature et ses limites* (en allemand), Leipzig, 1929, p. 130 et suiv.

(13) Nous sommes sûrs qu'ils existent, et nous y avons fait une allusion générale, dans la *Réalité des Normes*, p. 215 et suiv.

(14) Cf. le concept de *jus necessarium* dans le droit romain (par ex. l. 40 D. de *legibus*, 1, 3), ainsi que dans *Gareis, Institutionen des Vökerrechts*, 2ème

3) Entre les tâches théoriques d'une conception réaliste du Droit international, tâches dont la solution influe directement sur la pratique, la première, au moins systématiquement, est la théorie des sources formelles du droit international. Le problème essentiel de cette théorie consistera à dissoudre le complexe de normes hétérogènes qui se cachent sous la désignation théoriquement insoutenable du Droit coutumier, dans ses véritables éléments.

4) Une conception réaliste et, partant, critique de la validité du droit international ne peut ne pas diminuer sensiblement le nombre des normes qui figurent dans les manuels du Droit international comme étant en vigueur. Si le critère de la validité du droit international consiste dans la perspective que contre la violation d'une norme intervienne une sanction, on est fondé de se poser la question de savoir si des prescriptions de traités internationaux, telles que certains articles du Traité de Versailles, qui sans être jamais abrogées formellement sont constamment violées sans l'intervention d'une sanction, peuvent être insérées dans le cadre du droit international en vigueur.

En recherchant un critère qui est vraiment susceptible de discerner les normes réelles, c'est-à-dire celles qui sont en vigueur, de celles qui ne le sont pas, le réalisme juridique satisfait au principe fondamental du positivisme philosophique exigeant que la science ne s'occupe que des choses réelles vérifiables par l'observation. L'insuffisance du positivisme juridique devant cette tâche a largement contribué à donner à la science du Droit international un caractère utopiste et chimérique. En comblant le fossé qui sépare la science du Droit international de son objet, le réalisme juridique met un terme à ce stade de chancellement indécis entre la compréhension désintéressée de la réalité et la tentative d'en-

---

édit., Giessen, 1901, p. 33 et suiv., et dans Ullmann, *Völkerrecht,* Tübingen, 1908, p. 40; cf. également les conceptions de Fiore, Phillimore, Lorimer et Pillet. Le concept de "droit objectif" des M. M. Duguit et Scelle appartient également à cet ordre d'idées, et la distinction n'est pas non plus étrange au réalisme de Suarez.

gendrer une réalité imaginaire ne correspondant qu'à une représentation idéale, et fait du Droit international l'objet d'une véritable science.

5) Il ne suffit pas que la conception réaliste triomphe quant à la distinction du droit international en vigueur des normes du droit international imaginé. Cette distinction étant accomplie, il faut que le contenu des normes du droit international en vigueur soit constaté lui aussi d'après des principes réalistes. Dans les crises internationales actuelles se révèle l'insuffisance d'une doctrine qui interprète le Pacte de la S. D. N. à peu de chose près selon les mêmes méthodes que le Code civil, et qui interprète un traité politique internationale, telle qu'une convention coloniale, comme s'il s'agissait d'un contrat d'achat. Il n'est pas trop difficile de constater le contenu d'une convention internationale à l'aide des méthodes expérimentées dans le droit civil; mais comme le rapport entre le texte littéral d'une convention internationale et la fonction normative de celle-ci, voulue par les parties contractantes, est foncièrement différente du rapport analogue dans le cadre du droit civil, cette méthode d'interprétation appliquée à une norme du droit international peut donner un résultat tout à fait erroné et qui ne correspond en rien à la fonction normative réelle de cette norme. Tandis que le sens juridique d'un contrat de droit civil coïncide, en règle générale, avec le sens commun du texte ou qu'il est en tout cas constatable d'après des caractéristiques objectives et universellement admises, la portée juridique d'une convention internationale déguisée sous le langage diplomatique, ne s'ouvre pas nécessairement à une interprétation littérale et qui ne tient pas compte de toutes les circonstances politiques, non seulement du moment de la conclusion du traité, mais aussi et avant tout, du moment de l'interprétation.

Le mot "indépendance" par exemple, inséré dans une convention internationale, peut revêtir une portée juridique très différente selon qu'il concerne un pays colonial ou un Etat européen, et selon qu'il s'agit d'une convention bilatérale qui poursuit un but

politique particulier aux parties contractantes, ou d'un traité multilatéral dont le but normatif est supporté par le consentement général de la communauté des Etats. Ces dernières considérations s'appliquent également à l'interprétation, par exemple, de traités de consultation, d'assistance mutuelle, de non-agression, d'arbitrage; selon les circonstances et intentions politiques, le même texte possède la fonction nomative, ou bien de stabiliser effectivement la paix générale, ou bien d'établir un accord exclusivement entre les parties contractantes qui poursuivent des buts dirigés contre d'autres Etats. Dans ce dernier cas, derrière la façade d'un traité de consultation, d'assistance mutuelle, etc., se déguise donc une convention qui tend à réaliser une sorte d'entente (15).

Il est évident qu'une interprétation qui dans des cas semblables se contente des apparences du langage diplomatique, ne réussit pas à saisir la fonction normative véritable des normes du droit international.

6) Avec ces considérations nous sommes parvenus au dernier des problèmes fondamentaux du droit international qui se posent à une théorie réaliste du Droit, à savoir au problème du rapport existant entre le Droit international et son substratum social, le "politique". Tout comme il est impossible de traiter le droit commercial sans égard à l'économie, ou le droit constitutionnel sans égard à la politique intérieure, le Droit international ne peut pas être compris par un procédé négligeant l'ambiance sociale, à savoir politique qui détermine le contenu des normes, qui influe sur leur validité et dont dépendent le fait et la manière de leur réalisation.

Mais la portée du "politique" pour le Droit international ne consiste pas seulement en ce que le "politique" serve au Droit international de support social; le "politique" est plutôt en tant que

---

(15) Sur les différentes fonctions normatives de traités d'arbitrage, selon les circonstances politiques, voir *La Juridiction internationale,* p. 131 et suiv.; cf. également notre interprétation des accords de Locarno dans *Théorie des sanctions internationales* (Revue de droit international et de législation comparée, t. XVI, 1935, n.° 4).

tel un élément intrinsèque du Droit international lui-même. Rappelons-nous les problèmes de la classification des différends internationaux, de la justiciabilité de ces derniers, de la *clausula rebus sic stantibus,* de la revision des traités, du "domaine réservé", des sanctions, de la souveraineté, et de la compréhension systématique du pacte de la S. D. N. en général. Les normes qui sont à la base de ces problèmes renvoient toutes à cet élément politique, elles représentent le problème général du rapport entre le Droit international et le "politique" sous des aspects spéciaux (16).

La doctrine dominante manifeste une aversion constante contre la position même du problème du "politique" sur le plan international; et en effet, que deviennent les solutions apparentes, si logiques et si harmonieuses mais si imaginaires, auxquelles aboutit la doctrine reçue du Droit international, si avec la notion du "politique" la menace permanente contre la validité et l'efficacité du Droit international entre dans le cadre des considérations théoriques! La théorie réaliste, toutefois, trouve précisément ici le champ préféré de ses investigations.

HANS MORGENTHAU.

Professeur de droit international à l'Instituto de Estudios Internacionales y Económicos, à Madrid

---

(16) Sur la portée de ce problème, cf. également notre étude *La Notion du politique et la théorie des différends internationaux,* Paris (Sirey), 1933, p. 7 et suiv, 89 et suiv.